

QUESTIONI APERTE

Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale/Inammissibilità della richiesta

La decisione

Giudizio di appello - Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale - Inammissibilità della richiesta - Prova preesistente - Decisività - Privilegio contro l'autoincriminazione (C.E.D.U, art. 6 § 3 lett. *d*; Cost., art. 111, co.3; C.p.p., artt. 198, co. 2, 507, 585, co. 4, 603).

In materia di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, la richiesta di assunzione di una prova preesistente ma non acquisita ex art. 603, co. 1, c.p.p. deve essere avanzata dalla parte, a pena di inammissibilità, nell'atto di appello o nei motivi nuovi; il giudice non può disporre d'ufficio l'assunzione di tale prova ove si tratti di elemento non decisivo ai fini della decisione, oltre che pregiudizievole per il dichiarante.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE PRIMA, 7 gennaio 2019 (ud. 18 novembre 2018) - MAZZEI, *Presidente* - SANTALUCIA, *Estensore* - CENICCOLA, *P.G.* (*Conf.*) - R. e altri, *ricorrenti*.

Prova potenzialmente decisiva e inammissibilità della richiesta di rinnovazione istruttoria in appello: esitazioni della giurisprudenza nella valorizzazione dei poteri officiosi del giudice

Il rigetto della richiesta di rinnovazione istruttoria in appello può fondarsi sulla tardività della stessa e sulla asserita violazione del privilegio contro l'autoincriminazione, anche quando si tratti di prova potenzialmente decisiva, idonea, secondo la difesa, a dimostrare l'estraneità dell'imputato ai fatti di reato. La valutazione di decisività non dovrebbe, tuttavia, trasformarsi in un arbitrario filtro giurisprudenziale tale da menomare il diritto dell'imputato, convenzionalmente e costituzionalmente tutelato, ad ottenere l'acquisizione di ogni prova favorevole.

The rejection of the demand of the renewal inquiry in appeal can be based on its lateness and on the supposed violation of the privilege against self-incrimination, even in the case of a potentially decisive evidence, according to the defense, to show the innocence of the accused. The evaluation of the decisive character of the evidence, however, should not turn into an arbitrary filter required by the jurisprudence, able to affect the right of the accused, conventionally and constitutionally protected, to get every favorable evidence.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Progressivo superamento della tradizionale eccezionalità della rinnovazione istruttoria in appello. - 3. Il problema delle preclusioni temporali. - 4. Il concetto di prova decisiva, tra mancanza di indicazioni normative e oscillazioni della giurisprudenza. - 5. Dichiarazione potenzialmente autoincriminante vs. prova potenzialmente decisiva. - 6. Conclusioni.

1. Premessa.

Come è stato a più riprese affermato dalla giurisprudenza e in seguito sancito dal legislatore, il ribaltamento della sentenza di proscioglimento di primo grado da parte del giudice d'appello non può costituire l'esito di un mero giudi-

zio cartolare, con il quale, in sede di impugnazione, si valuti diversamente la prova dichiarativa determinante ai fini della condanna¹.

Se a lungo ha fatto e fa discutere la necessità di garantire il diritto alle prove e, più in generale, il diritto alla effettività del controllo sulla decisione all'imputato che rischi di subire una condanna per la prima volta dinanzi al giudice di seconde cure, adito dal pubblico ministero appellante, non meno importanti sono gli *enjeux* che si presentano nell'ipotesi di c.d. doppia conforme, quando cioè ad appellare sia lo stesso imputato, che miri ad una riforma della sentenza di primo grado in senso favorevole. Anche in questo caso, infatti, occorre presidiare i diritti della difesa, al fine di garantire all'imputato un processo equo (artt. 111 Cost. e 6 §§1 e 3 C.E.D.U.).

I fatti che hanno dato origine alla decisione riguardano plurimi omicidi e detenzione illecita di armi, per i quali sono condannati quattro individui, operanti in un sodalizio criminioso di stampo mafioso. L'accusa si fonda, per lo più, sulle prove dichiarative dei collaboratori di giustizia. Diverse sono le chiamate in reità, anche *de relato*, sicché si rendono necessari i riscontri, al fine di saggiarne l'attendibilità. La sentenza in commento costituisce l'epilogo di una vicenda giurisdizionale caratterizzata da una doppia condanna in sede di merito e offre importanti spunti di riflessione in materia di disciplina del diritto alle prove in appello: i giudici di legittimità affermano, infatti, la correttezza dell'*iter* argomentativo della Corte d'Assise d'Appello di Catania con riferimento a tutti i ricorsi presentati e in particolare respingono le doglianze di uno degli imputati, che lamentava l'ingiusto rigetto della richiesta di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, sollevata in base all'art. 603, co. 1, c.p.p. A detta della difesa, infatti, le prove non presentavano i caratteri dell'attendibilità e dell'univocità, anche a causa della circolarità dei riscontri, ed errata sarebbe stata la denegatoria della richiesta di rinnovazione istruttoria, ciò che avrebbe condotto a un vizio della sentenza *ex art. 606 lett. d c.p.p.* La dichiarazione di cui si chiedeva l'assunzione, invero, avrebbe potuto chiarire le discrasie dei contributi narrativi dei diversi chiamanti in correità. Si trattava,

¹ La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per il caso della condanna, per la prima volta, in appello, è stata a lungo oggetto di interesse da parte di un formante giurisprudenziale instauratosi a partire dalla nota pronuncia della Corte EDU Dan c. Moldavia del 5 luglio 2011, sfociato in una serie di pronunce di legittimità (per ben due volte, oltretutto, a Sezioni unite: Cass., Sez. un., 28 aprile 2015, Dasgupta e 19 gennaio 2017, Patalano, che ha esteso il principio anche al caso di giudizio abbreviato non condizionato) e poi confluito, seppure con una serie di criticità e insufficienze messe in luce dalla più attenta dottrina (soprattutto per quanto riguarda l'omesso riferimento alla decisività della prova) nel nuovo co. 3-*bis* inserito dalla riforma Orlando, operata con L. n. 103 del 23 giugno 2017, nel corpo dell'art. 603 c.p.p.

infatti, di sentire il padre del coesecutore materiale di un omicidio, cui era stata riconsegnata l'arma subito dopo la commissione del delitto.

Potrebbe affermarsi che il rigetto della richiesta di rinnovazione (intesa, qui, come nuova assunzione di prova dichiarativa, poiché tale soggetto non era stato sentito in primo grado) fosse irrilevante ai fini della ricostruzione del fatto, in quanto relativa ad un mero *postfactum*; a ben vedere, tuttavia, la testimonianza avrebbe potuto essere decisiva per stabilire chi fosse o meno coinvolto nell'omicidio. La Cassazione, nel respingere il ricorso, chiarisce che correttamente la Corte territoriale abbia ritenuto sufficiente il raggiungimento di un certo grado di univocità delle prove sugli elementi essenziali del fatto, a nulla rilevando, ai fini dell'affermazione della responsabilità degli imputati, l'emersione di alcune fisiologiche divergenze nelle diverse dichiarazioni.

Quanto al rigetto della richiesta di rinnovazione dell'istruttoria, in particolare, tre gli argomenti avanzati dalla Corte di legittimità: come già chiarito dal giudice di seconde cure, la relativa istanza di parte è stata sollevata tardivamente, solo in sede di discussione finale, e dunque è inammissibile, poiché l'art. 603, co. 1, c.p.p. impone che essa sia contenuta nell'atto di appello o, al più, nei motivi aggiunti; si tratta, inoltre, di prova non decisiva, poiché il compendio probatorio su cui la corte d'Assise d'Appello ha fondato la conferma della condanna appare del tutto soddisfacente; infine, anche a voler ritenere che fosse una prova decisiva, sarebbe stato infruttuoso escutere il testimone, poiché costui si sarebbe trovato nella difficile posizione di dover ammettere di aver ricevuto l'arma con la quale gli imputati avevano commesso un omicidio, sicché, a fronte del rischio di fornire dichiarazioni autoincriminanti, egli non avrebbe fornito dichiarazione alcuna.

Specularmente, triplice è il quesito che si pone l'interprete. Anzitutto, pare lecito interrogarsi sulla ritenuta impossibilità di ingresso della prova *noviter producta* in ragione della tardività della richiesta di parte, giusta l'operatività delle preclusioni temporali stabilite dall'art. 603, co.1, c.p.p.; nella logica della tradizionale distinzione tra rinnovazione obbligatoria e discrezionale, poi, è opportuno chiarire cosa debba intendersi per prova decisiva; è doveroso, infine, riflettere sul bilanciamento tra il diritto della difesa ad ottenere l'assunzione di una prova a discarico, potenzialmente decisiva, e l'esigenza, tratteggiata *anticipatamente* dai giudici di legittimità, di evitare il rischio di autoincriminazione per il dichiarante.

Le questioni prospettate conducono ad interrogarsi, con riferimento all'istituto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, sui rapporti tra oneri delle parti e poteri officiosi del giudice, alla luce del rispetto dei principi costituzionali e convenzionali. Data la difficoltà di prospettare soluzioni nette a tali in-

terrogativi, il presente contributo ambisce a fornire, quantomeno, una chiave di lettura dei possibili scenari alla luce del principio dell'effettività dei controlli sulla decisione, declinato, in particolare, nel profilo relativo al diritto alle prove in grado di appello.

Una breve riflessione sull'istituto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale si impone, prima di esaminare più nel dettaglio le questioni annunciate.

2. Progressivo superamento della tradizionale eccezionalità della rinnovazione istruttoria in appello.

L'idea secondo la quale l'appello sarebbe da considerarsi sempre più come un secondo processo, che quale mera rivisitazione della sentenza di primo grado, si sta progressivamente affermando presso gli operatori del diritto. Questa evoluzione si pone in linea con l'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata del diritto ad ottenere la prova favorevole, quello che, utilizzando un noto sintagma, è anche chiamato *diritto di difendersi provando*, ossia il «diritto di non vedere menomata la propria possibilità di difesa attraverso un'arbitraria restrizione dei mezzi di prova offerti al giudice o dell'oggetto della prova proposta»².

Tradizionalmente, invero, l'appello era definito non come un nuovo esame, ma come un esame critico, cioè una stima di conformità tra ciò che, in rapporto all'accadimento storico oggetto della cognizione del giudice di prime cure, è stato fatto da quest'ultimo e ciò che andava fatto³. *Revisio prioris instantiae*, dunque, e non *novum iudicium*. Tutto il giudizio di secondo grado si caratterizzerebbe per la sua natura essenzialmente cartolare, sulla base del principio della completezza, fino a prova contraria, dell'istruttoria svolta nel grado precedente. Si è parlato, al riguardo, di vistose amputazioni del diritto alla prova e deroghe al principio di immediatezza⁴.

Coerentemente con questa impostazione, si affermava che la rinnovazione dell'istruttoria in appello fosse del tutto eccezionale⁵, caratterizzandosi per una

²VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, Milano, 1967, 4, 705 ss.

³«Onde la necessità che il giudice di secondo grado venga a trovarsi di fronte all'episodio umano, oggetto del processo, allo stesso modo con cui era posto il primo giudice», così FERRANTE, *L'effetto devolutivo delle impugnazioni penali*, Milano, 1962, 94. «In linea di principio, la decisione di seconda istanza si fonda sui medesimi elementi utilizzabili per il giudizio di primo grado, che viene, così, rivisitato criticamente in chiave di controllo da un giudice diverso, di grado superiore, tenendo conto, ma non soltanto (...) delle doglianze espresse nell'atto di impugnazione», osserva DELLA MONICA, *L'appello*, in *Procedura penale, teoria e pratica del processo*, a cura di Spangher, Torino, 2015, 122.

⁴NUZZO, *L'appello nel processo penale*, Milano, 2008, 33.

⁵Cass., Sez. IV, 28 aprile 2011, in *Guida Dir.*, 2009, 50, 74; Id., Sez. VI, 9 giugno 2009, in *Mass.Uff.*, n. 244416; Id., Sez. II, 1 dicembre 2005 in *Cass. Pen.*, 2007, 212; Id., Sez. un., 24 gennaio 1996, Panigo-

connotazione spiccatamente derogatoria nei confronti dello schema base⁶. La rigida disciplina dell'istituto si spiegava, in passato, nell'ottica dello scopo, perseguito dal legislatore, di evitare le *prove a sorpresa*, di evitare, cioè, che fossero sottratte alcune prove alla istruttoria dibattimentale di primo grado per riservarle, tramite espedienti, al grado di appello, in aperta violazione del principio di oralità del dibattimento, che costituisce uno dei cardini del processo penale⁷. In questa direzione, attenta dottrina ha evidenziato una incoerenza disfunzionale del sistema: da una parte, infatti, si impone di presentare la lista testimoniale ex art. 468 c.p.p., per consentire la *discovery* ed evitare agguati probatori; dall'altra, questa cautela verrebbe aggirata quando si consente alle parti, in grado di appello, di richiedere la rinnovazione istruttoria relativamente a prove preesistenti ma non acquisite⁸.

Questa impostazione, tuttavia, merita di essere rivisitata alla luce dei principi costituzionali e convenzionali. L'eccezionalità della rinnovazione istruttoria e, a monte, la concezione della fisionomia dell'appello quale mero strumento di controllo, sembrano ormai in via di superamento. Anzitutto, la riforma del giusto processo – e il processo deve essere giusto in tutti i suoi gradi di svolgimento – ha consentito di dilatare le potenzialità espansive del diritto alla prova, inteso come diritto ad ottenere l'assunzione dei testimoni a difesa alle stesse condizioni in cui viene disposta l'assunzione dei testimoni a carico, ma anche – più ampiamente – come diritto di ottenere l'acquisizione di *ogni altro mezzo di prova a favore dell'imputato* (art. 111, co.3, Cost.): non solo, dunque, la controprova, intesa, in senso stretto, quale elemento con efficacia dimostrativa antitetica rispetto alle prove fornite dall'accusa ma, più in generale, il diritto di far valere *tutti* gli strumenti probatori a discarico.

L'esercizio del diritto alla prova deve essere garantito anche nel procedimento di secondo grado, ove non può essere considerato un'eventualità remota, un rimedio estremo. L'art. 111, co.3, Cost., nel riconoscere l'esercizio del potere di critica delle parti, esaltando il diritto alla prova contraria, induce a pretendere che il giudizio d'appello sia considerato un *novum iudicium* vero e proprio⁹. A tale previsione si affianca, con valore paracostituzionale¹⁰, il portato normativo dei due enunciati in cui si scompone l'art. 6, par. 3, lett. d

ni, in *Cass. pen.*, 1996, 2892.

⁶PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova, 1995, 1.

⁷Cass., Sez. V., 9 maggio 2002, Pinto, con nota di BARGI, *La rinnovazione istruttoria in appello tra poteri discrezionale del giudice e diritto alla prova*, in *Dir. Pen. e processo*, 1, 2004, 95 ss.

⁸MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, Padova, 1995, 34.

⁹GAITO, *L'appello*, in *Procedura penale*, Torino, 2018, 785.

¹⁰Cfr. Corte cost., nn. 348 e 349 del 24 settembre 2007.

C.E.D.U.: da un lato, il diritto di interrogare o far interrogare i testimoni a carico, dall'altro, il diritto di far convocare e interrogare, o far interrogare, i propri testimoni, nelle stesse condizioni dell'accusa. Il disposto dell'art. 6, par.3, lett. d) C.E.D.U., peraltro, deve essere interpretato quale riconoscimento del diritto non a chiedere, ma ad ottenere¹¹ l'assunzione dei testimoni a difesa, poiché la norma convenzionale esige una parità di sostanziale, e non solo formale, tra le parti.

Non può tacersi, inoltre, l'importanza del progressivo recepimento, da parte della giurisprudenza interna, degli orientamenti della Corte EDU, soprattutto con riguardo ai casi di *overturning* sfavorevole in appello a causa di una diversa valutazione delle prove dichiarative, ove ormai si impone sempre un contatto diretto tra il giudice e i testimoni a carico. Si sposta, così, il baricentro dell'appello verso il modello del *novum iudicium*, anziché collocarlo nella tradizionale prospettiva della *revisio prioris instantiae*¹².

Nel caso di cui si occupa la decisione in epigrafe, il testimone potenzialmente decisivo non era stato sentito in primo grado e l'acquisizione della sua dichiarazione, che pure poteva essere già richiesta nella precedente fase del giudizio, era stata avanzata solo in sede di discussione in appello: si trattava, cioè, di una prova *noviter producta*. Tre, infatti, sono le categorie di prove che possono entrare nel processo mediante la rinnovazione dell'istruttoria. Vi sono, anzitutto, le prove *nuove*, nel senso di prove preesistenti ma non acquisite (dunque non naturalisticamente sopravvenute ma soltanto non prodotte, come nella fattispecie in commento), per le quali l'art. 603 c.p.p., al comma primo, impone di avanzare la relativa richiesta di assunzione nei motivi di appello o nei motivi nuovi. Su tale richiesta il giudice si pronuncerà discrezionalmente, ammettendo l'acquisizione delle prove qualora non ritenga di poter decidere allo stato degli atti¹³. Lo stesso regime di c.d. rinnovazione *discrezionale* vale per la richiesta di riassunzione di prove già acquisite. Infine, per le vere e proprie sopravvenienze (prove c.d. *noviter repertae*), cioè le prove sopravvenute o comunque scoperte dopo il giudizio di primo grado, non possono imporsi, per definizione, limiti decadenziali alle istanze di parte: il giudice ne disporrà la rinnovazione nei limiti previsti dall'art. 495, co.1, c.p.p. (art. 603, co.2, c.p.p.), cioè nei soli limiti della rilevanza e non manifesta superfluità. In questa ipotesi, secondo la distinzione tradizionale, la rinnovazione sa-

¹¹ GREVI, *Spunti sull'art. 6 § 3 lett. d) della convenzione europea dei diritti dell'uomo (in tema di citazione dei testimoni a scarico nella fase del giudizio)*, in *Indice pen.*, 1968, 408.

¹² FIORIO, *Il diritto al controllo e la riforma della sentenza di assoluzione*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di Gaito, Chimmici, Padova, 2018, 304.

¹³ Cass., Sez. un., 15 marzo 2016, Ricci, in *questa Rivista web*.

rebbe *obbligatoria*. Il codice contempla, altresì, il potere di rinnovazione *ex officio*, subordinato al requisito dell'assoluta necessità: il giudice, anche in mancanza di una specifica richiesta di parte, può avvalersi di tale potere con riferimento a tutti e tre i tipi di prova (art. 603, co.3, c.p.p.). Di recente, infine, il legislatore ha provveduto a positivizzare i *dicta* della giurisprudenza convenzionale e interna e, con l'inserimento di un co.3 -*bis* nella disposizione in esame, ha stabilito che nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, la rinnovazione dell'istruttoria è obbligatoria¹⁴.

Il predicato dell'eccezionalità della rinnovazione dell'istruttoria in appello sembra ormai in via di superamento. È significativa, in tal senso, l'introduzione dell'ipotesi di rinnovazione doverosa in caso di appello da parte della pubblica accusa. Ma soprattutto, e ancora prima, non si può trascurare la portata del canone costituzionale del giusto processo, declinato nel diritto a confrontarsi con l'accusa e nel diritto all'acquisizione di ogni prova favorevole, sanciti rispettivamente nei commi 3 e 4 dell'art. 111 Cost. Il parametro costituzionale, infatti, non dovrebbe interpretarsi restrittivamente. Seppure esso non consenta di giustificare l'ammissione di qualsivoglia prova all'interno del processo, è opportuno ricordare che le restrizioni operate in più sedi dal legislatore non sempre sembrano in linea con le direttive della Carta Fondamentale¹⁵. Non può tacersi, peraltro, la portata ancora più garantista del disposto costituzionale rispetto all'art. 6 C.E.D.U., laddove il primo non solo consente di ottenere l'esame dei propri testimoni nelle stesse condizioni dell'accusa, ma estende il principio con riferimento ad *ogni prova a favore*. Parimenti, la possibilità, riconosciuta al giudice, di intervenire *ex officio* per supplire alle carenze istruttorie di parte, specularmente a quanto previsto per il primo grado di giudizio all'art.507c.p.p., costituisce ulteriore argomento a favore del superamento dell'eccezionalità della rinnovazione istruttoria.

La latitudine applicativa dell'istituto risente inevitabilmente della concezione del giudizio d'appello come giudizio critico, mero controllo del precedente, oppure come vero e proprio *novum iudicium*. In questa seconda accezione, il rimedio non può non esigere una rinnovazione istruttoria senza limiti, normale e obbligatoria, nella disponibilità dei poteri delle parti o di quelli officiosi del giudice¹⁶.

¹⁴ Cfr. nota 1.

¹⁵ GAITO, *Procedura penale*, cit., il quale evidenzia una scollatura della Costituzione rispetto alla versione operativa offerta dal codice, che pone limiti di ammissibilità agli artt. 190, 438, co.5, 603, 606 lett.d.

¹⁶ GAETA, MACCHIA, *L'appello*, in *Trattato di Procedura penale*, a cura di Spangher, vol.5, Torino, 2009, 520.

3. Il problema delle preclusioni temporali.

Dalla disciplina delineata dall'art. 603 c.p.p. emerge un'importante asimmetria. Quando è la parte a chiedere la rinnovazione dell'istruttoria, con riferimento alle prove nuove o già acquisite di cui al co.1, la relativa domanda non può essere proposta in ogni tempo. La parte che, essendosi ritenuta pregiudicata dall'esito del giudizio di prime cure, voglia ottenere in quello successivo la riassunzione di prove nel medesimo già acquisite oppure l'assunzione di prove nuove (ma pur sempre preesistenti o scoperte anteriormente alla conclusione dell'anzidetto grado) è gravata dall'onere *perentorio* di farne apposita richiesta nell'atto di appello, oppure nei motivi aggiunti consentiti dal co.4 dell'art. 585 c.p.p.¹⁷, prospettabili sino a quindici giorni prima della data dell'udienza. Analoga preclusione temporale non sussiste quando sia il giudice, *ex officio*, a ritenere necessario lo svolgimento dell'istruttoria, tant'è che se la necessità di acquisire una prova nuova emerge in sede di discussione finale, questa deve riprendere da capo, a pena di nullità¹⁸.

Ci si chiede, allora, se la tardività della richiesta precluda per sempre l'ingresso di quella prova nel processo. Il quesito trova risposta negativa se si ammette che proprio in questa eventualità soccorre il potere del giudice di disporre d'ufficio l'assunzione delle prove.

Non a caso, l'*assoluta necessità* di cui all'art. 603 c.p.p. è formula identica a quella dell'art. 507 c.p.p.: l'utilizzo della medesima locuzione nelle due disposizioni istituisce un rapporto di perfetta simmetria, idoneo a conferire omogeneità al sistema¹⁹. In appello, infatti, pur dinanzi a un regime dalle diversità talvolta non trascurabili rispetto al giudizio di primo grado, la scansione dei ruoli tra parti e giudice mantiene, nella dinamica probatoria in dibattimento, una struttura essenzialmente analoga a quella prevista per la fase precedente²⁰. Gli artt. 507 e 603, co.3, c.p.p. hanno la stessa funzione sostanziale, quella, cioè, di conferire al giudice il potere-dovere di intervenire, in via integrativa o suppletiva, ma non certo eccezionale. Come chiarito dalle Sezioni Unite in una nota sentenza, infatti, il potere del giudice può spingersi sino a supplire all'inerzia delle parti: esso può essere attivato anche in ordine a una prova da cui la parte sia decaduta per non avere esercitato tempestivamente il proprio

¹⁷Così MOSCARINI, *Lineamenti del sistema istruttorio penale*, Torino, 2017, 137; in giurisprudenza, Cass., Sez. I, 12 novembre 2004 n.50893.

¹⁸Cass., Sez. II, 1 dicembre 2005, in *Mass.Uff.*, n. 232778.

¹⁹MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, cit., 102.

²⁰PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova, 1995, 159.

diritto, ed anche in seguito ad istanza della parte decaduta medesima²¹. L'inerzia o il difetto di solerzia delle parti, cioè, non possono precludere l'ammissione di prove necessarie all'accertamento dei fatti. È da escludersi che nell'ordinamento penale viga incontrastato il principio dispositivo della prova in favore delle parti, ben potendo il giudice assumere il ruolo di supplente, a prescindere dalle ragioni e dall'entità dell'inerzia in questione²².

È pacifico, specularmente a quanto affermato per il primo grado di giudizio, che ai fini dell'innesco dell'iniziativa officiosa non sia necessaria un'espressa istanza di parte contenuta nei motivi di appello²³. *A fortiori*, allora, essa può essere esercitata a fronte di una richiesta tardiva, ove si tratti di prova decisiva o comunque rilevante, perché idonea ad inficiare altre risultanze (sulla decisività v. *infra*). Nulla impedisce che il giudice possa essere destinatario di sollecitazioni, le quali potranno provenire anche dalla parte non appellante, sia essa l'imputato o la pubblica accusa. Una richiesta tardiva, non potendo raggiungere gli effetti suoi propri, ha l'univoco – residuale – significato di sollecitazione al giudice affinché eserciti i suoi poteri ufficiosi.

È in base a questi rilievi che può criticarsi l'argomento della tardività, avanzato dal giudice di merito e poi confermato in sede di legittimità, e la conseguenziale inammissibilità della richiesta. L'istanza, peraltro, era stata sollevata solo in sede di discussione finale, pur trattandosi di un elemento già emerso in precedenza (ammonisce la Corte che *le parti ben conoscevano, e da tempo, il contributo dichiarativo di [uno degli imputati] e quindi il riferimento fatto da questi al padre*) perché sino a quel momento l'acquisizione della dichiarazione non era stata ritenuta essenziale ai fini della strategia difensiva. La tardività si giustifica alla luce di due ordini di ragioni: anzitutto, è nell'interesse della difesa non inficiare le indagini difensive e seguire una certa linea processuale; in secondo luogo, l'imputato deve pur vedersi riconosciuto il diritto di esprimersi per ultimo dinanzi all'autorità giudiziaria, per godere pienamente del diritto di difendersi confutando le argomentazioni prospettate dall'accusa nel corso dello svolgimento del processo. L'ordine nel quale si svolge l'istruttoria dibattimentale rispetta il principio dell'onere della prova: l'imputato, essendo assistito dalla presunzione di non colpevolezza, interviene solo dopo che questo onere sia stato adempiuto²⁴. In un processo, quale quello penale, che si

²¹Cass., Sez. Un., 6 novembre 1992, Martin, *Il foro Italiano*, 1993, 2, 66.

²² Corte cost., n.111 del 1993, con nota di FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni Unite e dogmatismo della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1994, 3, 1065 ss.

²³Cass., Sez. VI, 20 ottobre 1994, Pedris.

²⁴D'ANDRIA, *sub* Art. 496 c.p.p., in *Codice di Procedura Penale commentato*, a cura di Lattanzi, Lupo,

avvale di tecniche argomentative-persuasive, l'ordine di presentazione delle prove riveste un'importanza fondamentale. Il suo esito non può dipendere da una scelta difensiva della parte, ove si tratti di testimoni-chiave di cui la parte non ha chiesto tempestivamente l'escussione. L'oggetto del processo, infatti, deve essere indisponibile, non potendosi ammettere la vigenza del principio dispositivo in materia penale, inteso come monopolio delle parti nella formazione del compendio probatorio su cui deve formarsi la decisione ²⁵.

Ponendosi in un'angolazione prospettica differente, e cioè dal lato della pubblica accusa, occorre rammentare che scopo delle indagini non deve essere solo la possibilità di esercitare l'azione penale, ma piuttosto l'acquisizione di un *plafond* ricostruttivo completo: in ossequio al principio di completezza, il P.m. dovrà compiere ogni attività necessaria ai fini indicati nell'art. 326 c.p.p., con la ricerca anche degli elementi a favore dell'imputato, come ha cura di disporre l'art. 358 c.p.p. ²⁶ Sicché, a fronte di eventuali carenze della pubblica accusa, sarebbe stato compito del giudice intervenire *ex officio*, pur in assenza di una sollecitazione di parte. La rinnovazione istruttoria operata dal giudice si tradurrebbe, così, in un meccanismo atto a rimediare alle inerzie tanto delle parti, quanto dell'accusa ²⁷. È indimostrato, infatti, l'assunto per cui il giudice mirerebbe a supplire soprattutto alle carenze dell'accusa; tenuto conto della rilevante frequenza delle difese di ufficio, sembra persino più verosimile l'ipotesi inversa ²⁸.

Volgendo lo sguardo alle decisioni rilevanti in materia, l'andamento della giurisprudenza non è univoco. Si segnala, in particolare, una pronuncia che ha ritenuto illegittima la ripulsa della richiesta di assunzione della controprova solo potenzialmente decisiva, anche se avanzata in sede di discussione, ma pur sempre prima della chiusura del dibattimento ²⁹ -esattamente come nel caso della decisione in commento, ove invece la tardività della richiesta avrebbe correttamente impedito di rinnovare l'istruttoria. In altre occasioni, invero, la Suprema Corte ha lapidariamente avallato l'esclusione della prova nuova indicata dopo l'inizio della discussione delle parti, solo perché tardiva,

Milano, 2012, 208.

²⁵ IACOVIELLO, *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, in *Cass. pen.*, 1, 1993, 286 ss.

²⁶ SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 2018, 410.

²⁷ I poteri conferiti dagli artt. 507 e 603, co.3, c.p.p. costituiscono un segnale esortativo ai giudici: «non siano invadenti, come vuole l'atavismo inquisitorio; né fatalisticamente immobili, fino ad inghiottire premesse incomplete o false», così CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 942.

²⁸ IACOVIELLO, *ibid.*

²⁹ Cass., Sez. I, 8 gennaio 2014, Adamo e altri, con nota di SANTORIELLO, *Nuove frontiere per la rinnovazione istruttoria in appello, a proposito della prova rilevante, pur se forse non decisiva*, in *questa Rivista web*.

a prescindere dall'apprezzamento in termini di rilevanza e decisività³⁰. In un'altra recente pronuncia, diversamente, la Suprema Corte, accogliendo le doglianze prospettate dalla difesa di uno degli imputati, ha chiarito che il potere integrativo del giudice, il quale non incontra preclusioni temporali, deve essere attivato ogni qualvolta egli ravvisi l'indispensabilità di un approfondimento istruttorio, e ciò sicuramente avviene qualora sia necessario chiarire quelle oggettive discrasie emerse nella descrizione ricostruttiva dei fatti, che siano sintomatiche non del naturale scolorire del ricordo in ragione del tempo, ma di un'attendibilità intrinseca vulnerata dall'incertezza della fonte cui ha attinto il narrato; in questo senso, malgrado la tardività della istanza di rinnovazione istruttoria sollevata dalla parte, il giudice avrebbe dovuto acquisire la testimonianza richiesta, in relazione alla rilevata incompleta disamina degli elementi qualificanti la stessa posizione dell'imputato³¹.

Il potere di rinnovazione ex art. 603, co.3, c.p.p. presuppone che la prova da acquisire sia non solo rilevante, ma anche *assolutamente necessaria*. Con tale formula, dalla giurisprudenza equiparata alla *non decidibilità allo stato degli atti* di cui al co.1 dello stesso articolo, si dovrebbe intendere la prova c.d. decisiva.

Proposta una diversa soluzione rispetto al primo dei tre argomenti avanzati dalla Suprema Corte per ritenere inconfutabile il rigetto della richiesta di rinnovazione istruttoria da parte del giudice di seconde cure, può sorgere il dubbio circa l'insussistenza del requisito della decisività di una prova ritenuta invece fondamentale dalla difesa, in quanto unico possibile collegamento tra le dichiarazioni, non univoche, riguardanti i due esecutori materiali di un omicidio e riferite ad elementi essenziali del fatto (le discrasie dei contributi narrativi emergevano, tra l'altro, circa l'individuazione di quale dei due soggetti avesse effettivamente sparato e sulle modalità di disfacimento dell'arma). Preliminarmente, tuttavia, è una opportuna riflessione sull'ammissibilità dell'introduzione in via giurisprudenziale del filtro della decisività, ai fini del rigetto delle richieste istruttorie dell'imputato in appello.

4. Il concetto di prova decisiva, tra mancanza di indicazioni normative e oscillazioni della giurisprudenza.

Si è affermato che è assolutamente necessario rinnovare l'istruttoria d'atti-

³⁰Cass., Sez. VI, 10 ottobre 2016, Scorza e altro, come osserva GAITO, *Esercitazioni penali sostanziali e processuali. Pensieri in ordine sparso*, a cura di Testaguzza, Padova, 2018, 93.

³¹Cass., Sez. I, 1 dicembre 2017, Comberiati e altri, in *questa Rivista web*.

mentale quando la prova da assumere risulti decisiva, determinante ai fini della condanna. Tuttavia, non è affatto chiaro in cosa consista la decisività; l'art. 603 c.p.p., infatti, così come l'art. 507 c.p.p., non fa alcun riferimento a tale attributo della prova. Pare allora lecito chiedersi se questo requisito sia un ulteriore filtro introdotto soltanto in via giurisprudenziale, oppure se si tratti di un limite direttamente discendente dalla disposizione codicistica, nel senso che *l'assoluta necessità* o la *non decidibilità allo stato degli atti* si riferirebbero esclusivamente alla prova decisiva.

In materia, due principali orientamenti si contendono il campo. Secondo una prima impostazione, l'assoluta necessità è un *quid pluris* rispetto alla semplice rilevanza. Il principale argomento a sostegno di tale tesi si ricava da un'interpretazione sistematica. In primo grado, una volta intervenute le preclusioni temporali di cui agli artt. 468, 493 e 495 c.p.p., le parti non hanno più un vero e proprio diritto all'ammissione delle prove ma una semplice facoltà di richiesta al giudice, ciò che si traduce in una mera aspettativa all'ammissione non delle prove rilevanti e non manifestamente superflue, ma solo di quelle assolutamente necessarie, come imposto dall'art. 507 c.p.p.: è come se, in questa ipotesi, la valutazione di rilevanza fosse più penetrante³². Poiché l'art. 603 c.p.p., egualmente, consente la rinnovazione istruttoria solo se assolutamente necessaria, deve concludersi che anche in grado di appello la rinnovazione si imponga solo per le prove decisive. Nell'ermeneutica dell'art. 603 c.p.p., infatti, non vi è spazio per differenziazioni concettuali rispetto ai poteri giudiziali disciplinati dall'art. 507 c.p.p.³³.

All'interno di questo orientamento, però, occorre ulteriormente distinguere. Secondo alcuni autori è prova decisiva solo quella determinante, *indispensabile*, tale da comportare il totale rovesciamento della decisione, sì da inficiare tutte le argomentazioni poste a fondamento del convincimento del giudice: i fatti oggetto della prova devono essere tali da scardinare l'impianto logico della motivazione e da avvalorare, per virtù propria, una diversa decisione³⁴. Ai fini della valutazione discrezionale del decidente circa la sussistenza dei presupposti per l'attivazione del suo potere officioso, cioè, non basterebbe che i mezzi richiesti appaiano utili, essendo necessario che egli reputi di non poter decidere senza la loro assunzione³⁵, secondo una verifica del materiale probatorio di cui già dispone, ma anche delle prospettive di mutamento della deci-

³² ADORNO, *Ammissione delle prove*, in *Trattato di procedura penale* a cura di Spangher, 4, II, Torino, 258.

³³ GAETA, MACCHIA, *cit.*, 543.

³⁴ CAPONE, *Brevi note sul concetto di controprova decisiva*, in *Cass. Pen.*, 2007, 2, 621.

³⁵ ZAPPALÀ, *Commento all'art. 603 c.p.p.*, in *Comm. C.p.p.* Chiavario, 1991, 6, 204.

sione impugnata.

Una differente ricostruzione, invece, concepisce il requisito della decisività come semplice *utilità*: è decisiva quella prova che riesce a contestare, anche solo relativamente ad aspetti secondari, la ricostruzione dei fatti effettuata dalla pubblica accusa, tale, cioè, da far emergere decorsi alternativi rispetto alla pronuncia del primo giudice. D'altronde, ben diverso è il peso dell'onere della prova che grava sull'accusa rispetto a quello della difesa: altro è provare la colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio, altro è scalfire l'*iter* argomentativo dell'accusa senza necessariamente provare, in positivo, l'innocenza. All'imputato, infatti, è sufficiente insinuare un dubbio nel giudice ³⁶.

Questa tesi si avvicina, invero, al secondo filone interpretativo, che non distingue così nettamente tra rilevanza e decisività. È stato autorevolmente affermato, infatti, che ogni prova influente è per ciò solo necessaria ³⁷. Il parametro della non decidibilità di cui all'art. 603 c.p.p. si presterebbe, allora, ad una lettura più elastica, che ha riguardo alla semplice *utilità* della prova.

Volgendo lo sguardo alla giurisprudenza, la questione non sembra di facile soluzione. Le ultime pronunce in materia, infatti, non sono omogenee.

In sede di esegesi dell'art. 507 c.p.p., le già menzionate Sezioni Unite Martin hanno stabilito che l'assoluta necessità può dirsi esistente soltanto se il mezzo di prova risulti dagli atti e la sua assunzione appaia decisiva: al giudice, infatti, non è dato avvalersi di poteri istruttori d'ufficio « per verificare solo una propria ipotesi ricostruttiva sulla base di mezzi di prova non dotati di sicura conclusione », ma per promuovere l'assunzione di una prova il cui valore dimostrativo « in base agli atti si imponga con assoluta evidenza » ³⁸. Il criterio della decisività è stato utilizzato dalla Suprema Corte, altresì, in materia di rinnovazione istruttoria in appello, ove è alla base di un'importante distinzione in seno all'art. 603 c.p.p. Nelle ipotesi di cui al primo comma (richiesta di assunzione di prove già acquisite o di assunzione di nuove prove) l'incombente processuale richiesto, afferma la Corte, deve rivestire carattere di decisività, cioè occorre la dimostrazione, in positivo, della sua necessità, onde superare

³⁶ « In questa prospettiva l'imposizione di dimostrare la colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio comporta l'acquisibilità non solo di un dato probatorio propositivo ai fini della dichiarazione di innocenza, ma anche solo di quel dato probatorio che, pur non neutralizzando l'ipotesi d'accusa, insinua nella stessa un dubbio », così DINACCI, *L'effettività dei controlli sulla decisione tra vincoli europei e carta dei valori*, in *Cass. pen.*, 2016, 9, 3507.

³⁷ In materia di prove, l'iniziativa delle parti è la regola, con varie deroghe. L'art. 507 c.p.p. ne prevede una importante quando, esaurito l'arsenale istruttorio, risultino "assolutamente necessari" dei "nuovi mezzi": l'avverbio *escesce*; enfatico anche l'aggettivo, ogni prova influente essendone necessaria. Così osserva CORDERO, *Procedura penale*, cit., 942.

³⁸ Cass., Sez. Un., 6 novembre 1992, Martin, cit.

la presunzione di completezza del compendio probatorio. Lo stesso è a dirsi per la rinnovazione disposta d'ufficio. Nel caso previsto dal secondo comma (prove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado), invece, è richiesta la semplice prova, negativa, della manifesta superfluità e irrilevanza del mezzo da assumere ³⁹. La Suprema Corte non chiarisce, però, cosa debba intendersi per prova decisiva.

Anche in giurisprudenza si rinviene, infatti, un primo filone, più garantista, che si contrappone ad un altro orientamento di segno restrittivo. Talvolta la Suprema Corte ha affermato che deve considerarsi decisiva la prova idonea a contrastare circostanze altrimenti acquisite ⁴⁰. Si è specificato, peraltro, che il giudizio di decisività non può sovrapporsi a quello di attendibilità, essendo il secondo successivo al primo. Attenta dottrina ha rilevato, infatti, l'esistenza di contrasti giurisprudenziali sommersi, sopiti da alcune sentenze che, nel contestare apertamente l'utilizzo di criteri decisori troppo rigorosi, hanno ribadito che il giudice non può escludere l'ammissione di una testimonianza sulla presunzione, ancorché ragionevole, della sua inattendibilità, perché, così facendo, anticipa un giudizio sulla valutazione della prova medesima che deve essere necessariamente espresso soltanto dopo che questa sia stata esperita ⁴¹.

Di conseguenza, se la prova nuova appare idonea a creare ragionevoli dubbi in ordine alla responsabilità dell'imputato, essa non potrebbe essere considerata non decisiva ⁴².

Se si pone l'accento sul diritto all'acquisizione della prova, tutelato dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali, non può dunque condividersi la limitazione del concetto di prova decisiva, cioè necessaria, alla sola prova *dirimente*. Di recente, la Cassazione ha annullato con rinvio una sentenza d'appello per mancata rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale con riferimento ad una prova *rilevante, anche se non decisiva* ⁴³. La locuzione utilizzata dalla Suprema Corte è significativa. Come nella fattispecie oggetto della pronuncia in commento, si trattava di acquisire *ex novo* una prova richiesta per la prima volta in grado di appello, una videoregistrazione che avrebbe potuto smentire la ricostruzione dei fatti fornita dalla pubblica accusa, ma solo potenzialmente, poiché dagli stessi motivi di impugnazione non risultava in modo certo che

³⁹ *Ex multis*, Cass., Sez. V, 28 giugno 2017, in *Mass. Uff.*, n. 272088; Id., Sez. III, 27 gennaio 2017, D. e altro, in *Mass. Uff.*, n. 269334; Id., Sez. V, 9 maggio 2002, Pinto, con nota di BARGI, cit.

⁴⁰ Cass., Sez. I, 9 dicembre 1993, Chiericoni.

⁴¹ CAPONE, *Brevi note sul concetto di controprova decisiva*, cit.; in giurisprudenza Cass., Sez. IV, 7 febbraio 1996, Tollardo; Id., Sez. VI, 26 giugno 1997, Abatini.

⁴² Cass., Sez. III, 9 novembre 2006, Casale e altro, in *Mass. Uff.*, n. 235809; Id., Sez. IV, 17 ottobre 2006, Caruso, in *Mass. Uff.*, n. 208816.

⁴³ Cass., Sez. I, 31 gennaio 2014, Adamo e altri, con nota di SANTORIELLO, cit.

al momento del fatto i luoghi fossero controllati da videocamere. A fronte di una prova anche solo *potenzialmente decisiva*, a detta della Corte, il giudice d'appello avrebbe dovuto comunque disporre gli opportuni accertamenti. Questa sentenza segna sicuramente un passo avanti nella tutela dell'imputato in relazione al diritto di difesa, concretantesi non solo nella semplice possibilità di replicare alle accuse, ma anche, in maniera decisamente più significativa, nel potere di avanzare o suggerire propri elementi di prova ⁴⁴.

Altre decisioni, invece, adottano un criterio restrittivo. Un lontano precedente attribuisce carattere decisivo solo alla prova capace di inficiare *tutte* le argomentazioni poste a fondamento del convincimento del giudice ⁴⁵. Più di recente, la Suprema Corte ha affermato che la mancata assunzione di una prova decisiva può costituire motivo di ricorso per cassazione solo quando essa, confrontata con le argomentazioni addotte in motivazione a sostegno della decisione, risulti determinante per un esito diverso del processo e non si limiti ad incidere su aspetti secondari della motivazione ⁴⁶.

Persino in materia di *overturning* sfavorevole, una recente pronuncia ha puntualizzato che l'art. 6 C.E.D.U. non mira a tutelare l'imputato da qualsiasi effetto pregiudizievole che possa discendere da una diversa valutazione di una prova dichiarativa, senza nuova assunzione diretta dei testimoni nel giudizio di impugnazione, ma solo da quelle conseguenze pregiudizievoli che incidano *significativamente* nella valutazione della commissione o meno del reato da parte dello stesso imputato ⁴⁷.

È opportuno interrogarsi, allora, sulla compatibilità di queste pronunce con le direttive espresse dalla Corte EDU. In realtà, come è stato osservato da attenta dottrina, la C.E.D.U. non manifesta in alcun modo termini o perifrasi che alludano al concetto di decisività della prova e, più in generale, appare priva di qualsiasi indicazione relativa a criteri che guidino i giudici nazionali nell'opera di ammissione di fonti dichiarative ⁴⁸. I giudici europei, nel ribadire che le questioni relative all'ammissibilità delle prove e al loro valore probatorio sono materia disciplinata precipuamente dal diritto interno, non hanno quasi mai vagliato la compatibilità con il parametro convenzionale di singoli aspetti procedurali interni, ma hanno ripetutamente affermato che il compito affida-

⁴⁴SANTORIELLO, *Nuove frontiere per la rinnovazione istruttoria in appello, a proposito della prova rilevante, pur se forse non decisiva*, cit.

⁴⁵Cass., Sez. I, 21 ottobre 1994, Riola, in *Mass.Uff.*, n.200073.

⁴⁶Cass., Sez. V, 21 marzo 2014, P.P.B.; Id., Sez. II, 20 marzo 2013, Cabras; Id., Sez. V, 17 maggio 2011, Bellone e altri, in *Mass.Uff.*, n. 250932, con particolare riferimento all'acquisizione di una prova documentale nel giudizio di appello.

⁴⁷Cass., Sez. V, 29 giugno 2017 n.54296.

⁴⁸ VALENTINI, *La prova decisiva*, Padova, 2012, 24.

to alla Corte di Strasburgo dalla C.E.D.U. non consiste nel giudicare se le dichiarazioni siano state legittimamente ammesse come prove, ma piuttosto nel verificare se il procedimento considerato nel suo complesso, incluse le modalità di assunzione della prova, abbia carattere equo⁴⁹. La prima sentenza ove appare la formula "prova decisiva" risale al 1989⁵⁰, ove la Corte si occupò di un caso di condanna pronunciata sulla base di dichiarazioni rese prima del giudizio (c.d. testimoni assenti). In seguito, a più riprese i giudici di Strasburgo, nell'affrontare il tema della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, sono stati investiti del problema della rivalutazione cartolare della prova. Si è trattato spesso di casi in la prova era decisiva o comunque determinante (c.d. *mainevidence*), ma mai è stato introdotto questo parametro aleatorio come limite generale all'acquisizione della prova in appello. Quello adoperato dalla Corte Edu è, tendenzialmente, un metodo casistico. La giurisdizione di Strasburgo, ai fini di accertare la violazione o meno dei canoni dell'art. 6 della Convenzione, valutando lo svolgimento globale del procedimento, ha spesso operato una vera e propria operazione di sottrazione: attraverso la disamina di atti processuali che rivelino l'effettività del materiale conoscitivo adoperato dai giudici del merito, cioè, è stata testata la resistenza del materiale probatorio residuo⁵¹.

Nella sentenza in commento, la Corte di Cassazione argomenta proprio circa la sufficienza del materiale probatorio già esaminato in primo grado per confermare l'esattezza della decisione d'appello. Le dichiarazioni già acquisite, in quanto sufficienti, proverebbero al di là di ogni ragionevole dubbio la colpevolezza degli imputati. E ciò anche a fronte di alcune divergenze nei differenti contributi narrativi, considerate, però, del tutto fisiologiche. L'assunzione della testimonianza del consegnatario dell'arma viene considerata del tutto irrilevante, non decisiva. Eppure si trattava di prova, anche solo *potenzialmente*, a discarico. Dubbi sorgono in ordine alla compatibilità di tale alla luce di una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dei diritti della difesa riconosciuti dal nostro ordinamento. Se la Costituzione, all'art. 111, co.3, consente all'imputato, tra l'altro, di *ottenere l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore*, è opportuno chiedersi se le (ulteriori⁵²) li-

⁴⁹CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza e esame delle parti eventuali*, in *Trattato di Procedura Penale* a cura di Uberris, Voena, Milano, 2011, 50.

⁵⁰Corte EDU, 20 novembre 1989, Kostovsky c. Paesi Bassi.

⁵¹SELVAGGI, *Il valore probatorio delle dichiarazioni irripetibili*, a cura di Balsamo, Kostoris, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 378.

⁵²Osserva MOSCARINI, *Lineamenti del sistema istruttorio penale*, cit., 56, che "Sebbene la lettera dell'art. 111, co.3, Cost. paia evocare una pretesa da esaudire *sine condicione*, una simile esegesi non sembra accettabile: non è plausibile che ciascun prevenuto possa *ad libitum* ottenere l'ingresso nel processo di

mitazioni opposte dalla giurisprudenza siano criticabili alla luce del principio dell'effettività dei controlli sulla decisione.

Come osservato da attenta dottrina, in un'importante decisione la Corte EDU ha chiarito che la prova decisiva, che il giudice deve assumere, non è quella astrattamente idonea a fornire una diversa ricostruzione dei fatti, ma quella che non è stata determinante nella motivazione fornita dal giudice, in risposta alla strategia difensiva⁵³. Nel caso di specie, la Corte ha rigettato il ricorso sulla base della irrilevanza della prova, ma tale irrilevanza è stata misurata non già in base alla fattispecie concreta dedotta in giudizio e/o al relativo schema legale, bensì in relazione alla linea difensiva adottata dalla ricorrente all'interno del giudizio di merito. Così, il termine di riferimento del controllo circa il potenziale effetto della prova omessa non è la *res in iudicium deducta*, ma la motivazione della sentenza, ovvero la ricostruzione prescelta dal giudice e rivelata dalla parte motiva della decisione⁵⁴. In questo senso si afferma l'idea che l'equo processo sia (anche) questione di garanzie processuali che l'imputato s'impegni o meno a sfruttare⁵⁵, essendo necessario, pur dinanzi alla prospettazione di prove potenzialmente decisive, che le parti siano particolarmente diligenti. Applicando questi principi al caso esaminato dalla Cassazione nella pronuncia in esame, dunque, potrebbe concludersi che la prova dichiarativa richiesta tardivamente, anche se potenzialmente decisiva, e comunque, a discarico, sol perché non inserita anzitempo all'interno della linea strategica adottata dai difensori dell'imputato, dovrebbe essere estromessa dal processo. Come appunto se la portata dell'equo processo, la sua latitudine nelle applicazioni concrete, dipendesse dal rispetto degli oneri decadenziali imposti dal codice di rito (dunque, dalla legge ordinaria) alla parte, nonostante la norma costituzionale (sovraordinata all'art. 603 c.p.p.) preveda per l'imputato la possibilità di acquisizione di ogni prova favorevole.

Sorge allora la questione della necessità di un ulteriore passo in avanti nel riconoscimento delle garanzie penali dell'imputato. Dovrebbe cioè ritenersi convenzionalmente e costituzionalmente imposta la rinnovazione, oltre che di prove d'accusa reputate inaffidabili dal giudice di primo grado, valorizzate in-

tutti gli escamotages istruttori dei quali ritenga opportuno avvalersi, magari solo per finalità dilatorie. Occorre infatti temperare tale diritto con altri interessi, quali quello alla ragionevole durata del processo, la tutela di qualche prerogativa fondamentale della persona, l'esigenza di un accertamento razionale e obiettivo dei fatti".

⁵³ Corte EDU, Sez. I, 27 marzo 2014, *Matysina c. Russia*.

⁵⁴ VALENTINI, *La Corte Edu e il diritto alla prova: vecchi canoni, nuove precisazioni*, in *Processo penale e giustizia*, 2014, 6, 143.

⁵⁵ VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza della Corte Edu*, in *questa Rivista*, 2016, 2, 33.

vece nel giudizio d'appello, e delle prove a difesa sulle quali la sentenza di primo grado si è fondata, se le relative informazioni restino rilevanti nella prospettiva di riforma, anche delle prove, di accusa o a difesa, che non siano state per nulla valutate in prime cure, in quanto reputate irrilevanti o superflue, sempre che, ovviamente, risultino significative per la decisione di riforma⁵⁶. Il diritto alla controprova non potrebbe essere relegato a mera aspettativa, rimessa alla discrezione dell'organo decidente. Il nostro ordinamento, peraltro, prevede un doppio grado di giurisdizione di merito, sicché anche il giudice d'appello, in quanto giudice del fatto, deve poter decidere sulla base di una piattaforma probatoria completa ed esaustiva, costituita dal compendio probatorio derivante dal primo grado di giudizio, se del caso, ampliato attraverso le dovute integrazioni⁵⁷.

5. Dichiarazione potenzialmente autoincriminante vs. prova potenzialmente decisiva.

Il terzo argomento avanzato dalla Suprema Corte per ritenere non censurabile il rigetto della richiesta di rinnovazione istruttoria riguarda il rischio di autoincriminazione per l'eventuale testimone. Il consegnatario dell'arma, infatti, se chiamato a deporre circa il momento in cui la ricevette, probabilmente non avrebbe fornito molte informazioni, perché avrebbe dovuto ammettere la propria condotta di favoreggiamento. «Bene ha fatto la Corte d'Assise d'Appello- afferma la Cassazione- a rilevare come il potenziale testimone sarebbe stato chiamato a rispondere su fatti con un forte rischio di autoincriminazione, essendo assai poco verosimile che ricevette la busta contenente la pistola senza avere in alcun modo consapevolezza di aver ricevuto in custodia l'arma illegalmente detenuta». Sorgono, tuttavia, delle perplessità in ordine al rifiuto dell'acquisizione di una prova potenzialmente decisiva sulla base del paventato rischio di autoincriminazione del propalante. Le conclusioni della Suprema Corte potrebbero essere criticate nella misura in cui si osservi che il privilegio dell'autoincriminazione non deve essere oggetto di una valutazione

⁵⁶ BRONZO, *Condanna in appello e rinnovazione della prova dichiarativa*, in *questa Rivista*, 2015, 1, 233 ss.

⁵⁷ L'appello non riceve, almeno in via diretta, tutela costituzionale nel settore della giurisdizione penale. Il doppio grado della giurisdizione di merito, infatti, non è contemplato nella Carta Fondamentale. Tuttavia, almeno per quanto riguarda taluni significativi provvedimenti concernenti l'imputato, esso trova riconoscimento nell'art. 14, co.5, P.I.D.C.P. Nella stessa direzione si esprime l'art. 2, Prot. 7, C.E.D.U., il cui par. 1 (Diritto di ricorso in materia penale) stabilisce che " chiunque venga dichiarato colpevole di una infrazione penale da un tribunale ha il diritto di sottoporre ad un Tribunale della giurisdizione superiore la dichiarazione di colpa o la condanna. L'esercizio di questo diritto, ivi inclusi i motivi per cui esso può essere invocato, sarà stabilito per legge".

compiuta *ex ante* dal decidente, ma deve essere sollevato dal testimone stesso durante la deposizione. L'art. 198, co.2, c.p.p., infatti, costituisce un limite all'obbligo di verità imposto dal c.1 dello stesso articolo, realizzando, così, un'esenzione dal regime ordinario. È stato affermato che il giudice deve senz'altro evitare di sollecitare il rispetto dell'obbligo di dire la verità, avvalendosi dei poteri di cui all'art. 497, co.2, c.p.p., quando ciò possa condurre a dichiarazioni compromettenti per il teste⁵⁸. Questa disciplina derogatoria, però, non può essere invocata dal decidente per escludere la rilevanza e l'utilità di una deposizione testimoniale, sulla base della considerazione che *in ogni caso* essa sarebbe stata infruttuosa. In tal modo, infatti, si anticipa il risultato della prova: non si possono frustrare i diritti processuali che le parti hanno sulla prova per escludere, *prima di averli uditi*, testi indotti a discarico dell'imputato allegando, come è avvenuto nella decisione in epigrafe, che la causa fosse sufficientemente istruita attraverso la deposizione resa dai testimoni a carico. La vera valutazione sulla prova, quella sulla attendibilità, non meno che sulla rilevanza di essa, potrà essere fatta solo dopo che la prova sia stata assunta, e non prima⁵⁹.

Secondo la prevalente impostazione, alla posizione soggettiva del teste non corrisponde, a carico di chi lo interroga, l'obbligo di informarlo che può non rispondere, poiché è il testimone, se lo ritiene opportuno, a dover opporre il rifiuto. Né è vietato alle parti porre domande autoincriminanti, poiché esse non sempre possono sapere che le risposte potrebbero autoincriminare il testimone.

Anche a voler aderire a quella dottrina che ritiene, invece, che il giudice dovrebbe informare tempestivamente l'esaminato dell'operatività del diritto di non rispondere⁶⁰, mai egli potrebbe, sulla base di una valutazione compiuta in anticipo e in astratto, decidere di non assumere quella deposizione perché autoincriminante. E ciò, a maggior ragione, ove sia in gioco la responsabilità penale di colui che ha chiesto, a sua difesa, che quella deposizione venisse assunta.

Già sotto il vigore del codice previgente, autorevole dottrina si doleva della frequente presenza, nelle ordinanze di rigetto delle istanze istruttorie in primo grado, così come nelle sentenze dei giudici dell'impugnazione che volevano salvare la sentenza impugnata, di vere e proprie *acrobazie logiche* volte a dimostrare che la prova richiesta, che pur dal contesto poteva sembrare essen-

⁵⁸PERDUCA, Sub Art. 198 c.p.p., in *Comm. C.p.p.* Chiavario, 1994, II, 453.

⁵⁹VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, cit., 732.

⁶⁰SCOMPARN, *La tutela del testimone nel processo penale*, Padova, 2000, 79.

ziale, non avrebbe dato i risultati sperati⁶¹. Troppo spesso i giudici, anche per esigenze di economia processuale, opererebbero una vera e propria *anticipazione del risultato di prova*.

6. Conclusioni.

Per trarre le fila di questa breve analisi, occorre partire, nuovamente, dallo stato dell'arte. Come si è rammentato, l'unico caso di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale obbligatoria previsto dal diritto positivo è quello di cui al co.3-*bis* dell'art. 603 c.p.p., qualora sia il pubblico ministero ad appellare una sentenza di proscioglimento. Poiché non contemplate, le due ipotesi di appello del pubblico ministero di una sentenza di condanna e di impugnazione da parte dell'imputato sono escluse dall'ambito di applicazione del *novum* legislativo. È stato osservato che è come se il legislatore proteggesse meno il condannato in primo grado perché lo considera «un po' meno innocente del proscioltto»⁶². La presunzione di innocenza dovrebbe valere, però, sino alla condanna divenuta irrevocabile, nella stessa misura, per ogni imputato. L'art. 111, co.3, Cost., testualmente, non pone limiti all'acquisizione di ogni prova a discarico. Tale espresso riconoscimento non dovrebbe essere assoggettato alla discrezionalità del giudice. Poiché il nostro ordinamento ha previsto un doppio grado di merito, non dovrebbe escludersi nel giudizio d'appello il diritto all'acquisizione di *ogni altro mezzo di prova a favore*. Solo in questo modo, infatti, si può davvero garantire l'effettività dei controlli sulla decisione, e dunque la possibilità di fruire di una *chance* reale di difesa che permetta all'accusato di criticare e di dimostrare tempestivamente l'erroneità della decisione, senza dover attendere la revisione⁶³. Anche laddove non emergano carenze istruttorie, la rinnovazione dell'istruttoria è doverosa ogni qualvolta la prova richiesta sia idonea ad introdurre una ricostruzione alternativa rispetto a quella recepita nella sentenza di primo grado. Inoltre il filtro della decisività, che si traduce in un parametro del tutto aleatorio, non discende né dalla lettera degli artt. 507 e 603 c.p.p., né dalle statuizioni della Corte EDU⁶⁴. La giurisprudenza richiede arbitrariamente un ulteriore requisi-

⁶¹ VASSALLI, *ibid.*

⁶² NACAR, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello: dubbi applicativi e questioni di legittimità*, in *Dir. pen. e processo*, 3, 2018, 321.

⁶³ DINACCI, *L'effettività dei controlli sulla decisione tra vincoli europei e carta dei valori*, cit.

⁶⁴ «Questo dettame non trova alcuna enunciazione espressa nelle pronunce di Strasburgo, ma viene tratto dalla circostanza che i giudici europei, nei “casi” di cui si sono occupati, hanno spesso rimarcato che la prova della quale si lamentava la rivalutazione costituisse praticamente la prova unica o quella principale», osserva BRONZO, *Condanna in appello e rinnovazione della prova dichiarativa*, cit.

to, che finisce per designare implicitamente la prova ammissibile come il rovescio della decidibilità allo stato degli atti, nel senso che la prova dovrebbe essere ammessa solo se senza di essa la vicenda processuale sia indecidibile: concetto, quello della decisività, del tutto estraneo alla disciplina della rinnovazione istruttoria in appello ⁶⁵.

Anche sotto il vigore del codice previgente, autorevole dottrina si doleva della frequente presenza, nelle ordinanze di rigetto delle istanze istruttorie in primo grado, così come nelle sentenze dei giudici dell'impugnazione che volevano salvare la sentenza impugnata, di vere e proprie acrobazie logiche volte a dimostrare che la prova richiesta, che pur dal contesto poteva sembrare essenziale, non avrebbe dato i risultati sperati ⁶⁶. Troppo spesso i giudici, anche per esigenze di economia processuale, opererebbero una vera e propria *anticipazione del risultato di prova*.

Il diritto alla prova favorevole non può essere relegato a mera aspettativa rimessa alla discrezionalità dell'organo decidente. Se la mutata fisionomia dell'appello impone di considerarlo alla stregua di strumento effettivo di controllo sulla decisione, non si dovrebbe ammettere un giudizio in cui all'imputato fosse preclusa l'effettiva possibilità di rimuovere una pronuncia ingiusta in forza di un reale – e non nominalistico- rimedio, costituito da una completa indagine di tutte le risultanze già acquisite e di quelle emergenti, ovvero già emerse ma non valutate ⁶⁷. Solo in tal modo il controllo sulla decisione può assumere i connotati dell'effettività.

Interrogarsi sul diritto alla prova involge una questione più ampia, quella relativa alla portata del principio di immediatezza. Se nel nostro ordinamento il concetto di immediatezza è tradizionalmente legato al rapporto tra giudice e prove, dovendosi escludere, invece, che possa essere ricondotto al diritto alla formazione della prova in contraddittorio ⁶⁸, non bisogna dimenticare che il *direct assessment* per la Corte Edu significa non solo migliore capacità del giudice di accertare i fatti controversi dopo un'escussione diretta dei testimoni, ma anche garanzia di una migliore giustizia amministrata di fronte all'imputato ⁶⁹.

⁶⁵ Sul punto, diffusamente, BARGI, *La rinnovazione istruttoria in appello tra potere discrezionale del giudice e diritto alla prova*, cit., 103.

⁶⁶ VASSALLI, cit., 734.

⁶⁷ DINACCI, *ibid.*

⁶⁸ APRATI, *Una diversa modulazione del principio di immediatezza: riflessioni sulla proposta Gratteri*, in *Cass. pen.*, 2016, 10, 3535.

⁶⁹ AIUTI, *Impugnazioni e principio di immediatezza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. e processo*, 11, 2015, 1449.

Del resto, come insegnano le Sezioni Unite Dasgupta⁷⁰, la conoscenza è tanto più vicina alla verità, quanto più la percezione è vicina al fatto che si deve accertare e valutare, potendosi solo così superare il canone dell'al di là di ogni ragionevole dubbio.

MARIA MERLINO

⁷⁰Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, Dasgupta, con nota di GIUNCHEDI, *Ulisse approda a Itaca. Le Sezioni unite impongono la rilevanza d'ufficio dell'omessa rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, in *questa Rivista web*.